

# De groei en bloei van het bestuursrecht

## Citation for published version (APA):

Stroink, F. A. M. (2006). De groei en bloei van het bestuursrecht. Den Haag: Sdu Uitgevers.  
<https://doi.org/10.26481/spe.20060616fs>

## Document status and date:

Published: 16/06/2006

## DOI:

[10.26481/spe.20060616fs](https://doi.org/10.26481/spe.20060616fs)

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# De groei en bloei van het bestuursrecht



# De groei en bloei van het bestuursrecht

Afscheidsrede gehouden door

Prof.mr. F.A.M. Stroink  
hoogleraar staats- en bestuursrecht  
Universiteit Maastricht

op 16 juni 2006  
ter gelegenheid van zijn emeritaat

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice  
Postbus 20014  
2500 EA Den Haag  
tel.: (070) 37 89 880  
fax: (070) 37 89 783

© Sdu Uitgevers bv Den Haag, 2006

Omslagontwerp: Villa Y  
Ontwerp binnenwerk: Boekopmaak Nettie Litjens, Maastricht

ISBN: 90 121 1458 6  
NUR: 823

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

# De groei en bloei van het bestuursrecht

Meneer de rector, dames en heren,

## 1. Een beetje geschiedenis

Precies veertig jaar geleden was ik op zoek naar een kamer in Leiden. Velen verkeerden toen nog in de veronderstelling dat je alleen in Leiden rechten kon studeren.

In die tijd, de tweede helft van de jaren zestig, stelde het verplichte onderdeel bestuursrecht in de studie niet zoveel voor. Je moest iets weten over attributie, delegatie en mandaat, van het beschikkingsbegrip, de onrechtmatige overheidsdaad en de wet BAB, beroep administratieve beschikkingen, de voorloper van de wet AROB. De verplichte stof bestond met name uit een aantal hoofdstukken van – toen nog – een dun boekje, het rapport ABAR, Algemene bepalingen van administratief recht.<sup>1</sup>

De afgelopen decennia heeft het bestuursrecht een enorme groei en bloei doorgemaakt. Nu bestaan er vele dikke hand- en leerboeken op het terrein van het bestuursrecht en wordt het bestuursrecht erkend als een hoofdvak binnen de studie Nederlands recht. Die groei heeft verschillende oorzaken. In de eerste plaats is er – ondanks alle pleidooien voor deregulering – heel veel positief bestuursrecht. De overheid stuurt en ordent het maatschappelijke leven op vele onderdelen. Op het gebied van de bijzondere delen van het bestuursrecht zoals omgevingsrecht en sociaal zekerheidsrecht zijn vele wetten voortgebracht.

Een stroomversnelling in de ontwikkeling van het bestuursrecht werd veroorzaakt door de invoering van de wet AROB, administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, in 1976. De toen ingestelde Afdeling rechtspraak van de Raad van State was de eerste en enige algemene – algemeen in de zin van bevoegd op het gehele terrein van het bestuursrecht – administratieve rechter in Nederland. Onder leiding van de eerste voorzitter van de Afdeling, prof.mr. J. van der Hoeven, kwam belangrijke jurisprudentie tot stand.

Een tweede, zo mogelijk nog belangrijkere impuls voor de ontwikkeling van het bestuursrecht was de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) op 1 januari 1994 in combinatie met de instelling van bestuurssectoren bij de arrondissementsrechtbanken. Sinds 1994 is de mooie oude term administratief recht in onbruik geraakt en vervangen door de modernere term bestuursrecht.

Niet alleen de praktijk maar ook de wetenschap heeft veel bijgedragen aan de ontwikkeling van het bestuursrecht. Tot plusminus 1980 vonden er weinig promoties plaats

<sup>1</sup> Algemene bepalingen van administratief recht, Rapport van de Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, derde druk, Haarlem 1967. De Commissie stond toen onder voorzitterschap van G.A. van Poelje. De laatste, vijfde, druk – voorzitter was toen W. Duk – uit 1984 bevat naar ik schat ongeveer vijfmaal zoveel tekst. Overigens zegt de hoeveelheid tekst natuurlijk niet alles. De eerste drukken bijvoorbeeld van Van Wijks Hoofdstukken van administratief recht munten uit door helderheid en beknoptheid.

aan de juridische faculteiten en werd er ook overigens vrij weinig gepubliceerd. Maar dat jaar vormde min of meer een omslagpunt. Dit heeft, naar ik aanneem, te maken met een veranderde organisatiestructuur van en mentaliteit op de universiteiten. Kortweg gezegd: werd er tot en met de jaren zeventig door een deel van de staf wellicht te weinig gewerkt, daarna is de situatie doorgeschoten naar de andere kant en staat de wetenschappelijke staf onder een grote publicatiedwang.

Er is sprake van een *ratrace*. Een negatief gevolg daarvan is dat er teveel achter de actualiteit wordt aangelopen en er te weinig tijd is voor bezinning. Wie neemt er nog de tijd wat oudere handboeken door te nemen? Wie leest bijvoorbeeld nog A.M. Donners Algemeen Deel van het Nederlands bestuursrecht, een boek dat nog steeds zeer relevant is voor een goed begrip van het bestuursrecht.<sup>2</sup>

Helaas is er ook bij veel studenten weinig interesse in het verleden. Alles wat voor het jaar 2000 heeft plaatsgevonden is geschiedenis en dus niet interessant. Maar een onderwerp als bijvoorbeeld de organisatie van de bestuursrechtspraak is niet goed te begrijpen zonder enige historische kennis.

## 2. De relatie met de overige rechtsgebieden

Opmerkelijk is de toenemende vervlechting van het bestuursrecht met andere rechtsgebieden. In de eerste plaats is uiteraard het bestuursrecht nauw verweven met het staatsrecht,<sup>3</sup> maar ik doel hier met name op de relatie tussen het bestuursrecht en het privaatrecht, strafrecht en Europees recht.

De relatie bestuursrecht–privaatrecht is uitermate boeiend. Op dit gebied hebben wellicht de meest diepgaande discussies plaatsgevonden. Interessant is de tegenstelling tussen de bestuursrechtjuristen met een constitutioneelrechtelijke achtergrond aan de ene kant en de bestuursrechtjuristen met een civiele achtergrond aan de andere kant.

De eerste groep heeft de neiging veel waarde te hechten aan het legaliteitsbeginsel en het eenzijdige en exclusieve karakter van publiekrechtelijke bevoegdheden te benadrukken. De tweede groep daarentegen heeft de neiging de overheid als civielrechtelijke rechtspersoon op gelijke voet te behandelen als andere rechtspersonen en de contractsvrijheid voorop te stellen.<sup>4</sup> Het zal geen verbazing wekken als ik opmerk dat de burgerlijke kamer van de Hoge Raad lange tijd tot de tweede groep behoort heeft. De Hoge Raad heeft lange tijd de zogenoemde tweewegenleer aangehangen. Deze leer houdt kort gezegd in dat het de overheid in het algemeen vrijstaat de privaatrechtelijke weg te kiezen, ook als er een publiekrechtelijke weg is. In 1990 is de Hoge Raad omgegaan.<sup>5</sup> Er zijn beperkingen gesteld aan de tweewegenleer. De Hoge Raad heeft meer oog gekregen voor het exclusieve karakter van publiekrechtelijke bevoegdheden.

2 A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, vijfde en laatste druk, Alphen aan den Rijn 1986.

3 Staats- en bestuursrecht vormen één rechtsgebied en zijn niet van elkaar te scheiden. Staatsrecht is niet te begrijpen zonder bestuursrecht en vice versa.

4 Het is aardig de handboeken van Tak (De overheid in het burgerlijk recht, Den Haag 1997) en de beide Scheltema's (Gemeenschappelijk recht, Deventer 2003) naast elkaar te leggen. Tak benadrukt de exclusiviteit van het bestuursrecht, terwijl de beide Scheltema's, zoals de titel van het boek al aangeeft, het gemeenschappelijke van het bestuursrecht en privaatrecht benadrukken.

5 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 m.nt. M. Scheltema (Windmillarrest).

Een tweede belangrijke ontwikkeling is dat de Hoge Raad vanaf 1987 op contractuele verhoudingen tussen overheid en burger ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing acht.<sup>6</sup> De wetgever heeft deze leer in 1994 in de Awb neergelegd.<sup>7</sup> Deze leer wordt wel de gemengde rechtsleer genoemd, gemengd omdat zowel privaatrecht als bestuursrecht van toepassing is.

In de discussie tussen beide groepen heb ik altijd aan de kant gestaan van wat ik gemakshalve de constitutionalisten noem. Ik zou ook nog verder willen gaan dan de Hoge Raad, en de tweewegenleer ten principale willen verlaten. Als er een publiekrechtelijke weg is dient deze ook gevolgd te worden. Ook van de gemengde rechtsleer ben ik geen voorstander. Het bevordert de duidelijkheid niet. Indien de overheid een bepaald aspect van het algemeen belang wil behartigen, moet er een publieke bevoegdheid worden gecreëerd. In de gevallen dat de overheid van het privaatrecht gebruikmaakt doet zij dat als ieder andere (rechts)persoon. Ik zie geen reden in die privaatrechtelijke verhoudingen tussen overheid en burger ook nog bestuursrecht van toepassing te doen zijn. Het moderne privaatrecht biedt ruimschoots voldoende mogelijkheden zwakke partijen te beschermen tegen sterke partijen.

Ik benadruk een scherp onderscheid tussen bestuursrecht en privaatrecht en zie niet de wenselijkheid van het naar elkaar toegroeien van bestuursrecht en privaatrecht. Het introduceren van het begrip wederkerige rechtsbetrekking in de toelichting bij de Awb vind ik dan ook bepaald ongelukkig. Het begrip rechtsbetrekking en zeker wederkerige rechtsbetrekking suggereert tweezijdigheid en gelijkwaardigheid. Het verdoezelt dan ook het verschil tussen bestuursrecht waar het eenzijdig handelende bestuur optreedt, en het privaatrecht waar contractsvrijheid vooropstaat.<sup>8</sup>

Over de verhouding bestuursrecht–strafrecht en bestuursrecht–Europees recht zal ik korter zijn.

Er heeft een aanzienlijke verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht plaatsgevonden in die zin dat er de afgelopen jaren sprake is van een opmars van de bestuurlijke boete.<sup>9</sup> De wetgever vindt bestuursrechtelijke handhaving in veel gevallen efficiënter en goedkoper dan strafrechtelijke handhaving. Probleem is wel dat punitieve bestuurlijke sancties *criminal charges* in de zin van artikel 6 EVRM zijn. De nationale bestuursrechtelijke regelingen dienen dan ook te voldoen aan verdragsrechtelijke waarborgen.<sup>10</sup> Op het terrein van de reparatoire bestuurlijke sancties is de jurisprudentiewijziging van de Afdeling bestuursrechtspraak van groot belang.<sup>11</sup> De bevoegdheid tot het toepassen

6 HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 m.nt. M. Scheltema (IKON-arrest).

7 Art. 3:1 lid 2 Awb. Overigens heeft het IKON-arrest zijn belang behouden omdat (nog) niet alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gecodificeerd in de Awb. Onder andere geldt dit voor het gelijkheidsbeginsel waar het IKON-arrest betrekking op had.

8 Zie mijn bespreking van de dissertatie van Goorden in NTB 1990, p. 295 e.v.

9 F.C.M.A. Michiels, De boete in opmars?, oratie VU, Zwolle 1994.

10 Zie daarover C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, diss. Maastricht, Den Haag 2002.

11 Zie hierover C.L.G.F.H. Albers, De beginselplicht tot handhaving. Een nieuwe benadering?, «JB plus» 2005, p. 192 e.v.



van bestuursdwang wordt niet meer gezien als een beleidsvrije bevoegdheid. De Afdeling gaat uit van een beginselplicht tot handhaving.

Haast sluipenderwijs, zou ik bijna zeggen, is het belang van het Europese (bestuurs) recht toegenomen.<sup>12</sup> Nederland heeft met zijn deelname aan de oprichting van de EEG een deel van zijn soevereiniteit prijsgegeven. Weliswaar gaat het Europese recht uit van in principe de autonomie van het nationale bestuursrecht, maar er dient wel aan een aantal voorwaarden te worden voldaan.<sup>13</sup> En het voldoen aan die voorwaarden kan een diepe ingreep betekenen in het nationale bestuursrecht. En er is zeer veel materieel Europees bestuursrecht dat deel uitmaakt van ons nationale bestuursrecht.

### 3. De grote wetgevingsoperaties

In de jaren negentig van de vorige eeuw werd het bestuursrecht beheerst door twee grote wetgevingsoperaties die sterk met elkaar samenhangen, te weten het tot stand brengen van de eerste tranche van de Awb en de integratie van de bestuursrechtspraak in de rechterlijke macht. Sinds 1983 bepaalt artikel 107 lid 2 Grondwet dat de wet algemene regels van bestuursrecht vaststelt. Het tot stand brengen van algemene regels van bestuursrecht is geen eenvoudige zaak. De mogelijkheden algemene regels tot stand te brengen zijn vrij beperkt omdat het bestuursrecht uit zoveel bijzondere delen bestaat die naar hun aard sterk uiteenlopen. Denk bijvoorbeeld aan ruimtelijke ordeningsrecht, belastingrecht, ambtenarenrecht. Verdedigbaar is het standpunt dat een algemene wet niet gewenst is omdat de bijzondere delen zó verschillend zijn dat zij alle hun eigen op de bijzondere materie toegesneden wetgeving behoeven. In die visie zouden hoogstens enkele bepalingen nodig zijn op het terrein van doorzend- en/of verwijsplichten om de burgers niet het slachtoffer te laten worden van de ingewikkeldheid van het bestuursrecht.

Dit standpunt wordt echter nauwelijks meer verdedigd. Vrijwel een ieder is overtuigd van het belang van het bestaan van een Awb. Argumenten op het terrein van de rechtszekerheid en rechtseenheid spelen daarbij een belangrijke rol.

De Awb is een mooi stukje wetgeving geworden. De wet zit wetstechnisch zeer knap in elkaar. Toch is er ook wel wat kritiek te geven.

In de eerste plaats heeft de Awb, evenals het BW, een zogenaamde gelaagde structuur, dat wil zeggen dat de opeenvolgende hoofdstukken van algemene naar meer bijzondere bepalingen gaan. Vaak moet je op drie of meer plaatsen in de Awb kijken om te weten hoe een besluit tot stand dient te komen. Op subsidiebeschikkingen bijvoorbeeld zijn de hoofdstukken 3 (hoofdstuk 3 bevat algemene bepalingen over besluiten, dus ook over beschikkingen) en 4 (titel 4.1 handelt over beschikkingen en titel 4.2 handelt over subsidies) van toepassing. Bovendien dient nog altijd de bijzondere wet geraadpleegd te worden. Die bijzondere wetten zijn nodig vanwege het legaliteitsbeginsel (de bijzondere wet verschaft de bestuursbevoegdheid aan het orgaan) en het gehele materiële be-

12 J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europese bestuursrecht*, tweede druk, Nijmegen 2002.

13 Zie hierover C.L.G.F.H. Albers, *De beginselplicht tot handhaving. Een nieuwe benadering?*, «JB plus» 2005, p. 192 e.v.

stuursrecht is gebaseerd op de bijzondere wetgeving. De Awb bevat alleen non-contentieus en contentieus besluitvormingsrecht oftewel formeel recht. Een probleem is nu dat de bijzondere wetten vaak afwijkingen van de Awb bevatten. Dit komt zó vaak voor dat de Awb zelf uitgehold dreigt te worden. Zelfs ervaren bestuursrechtjuristen maken vaak fouten door de gecompliceerde structuur van de Awb en de relatie tot de bijzondere wetgeving. Voor een burger, niet jurist zijnde, is de wet ontoegankelijk. Een tweede nadeel acht ik de schakelbepalingen, die hiervoor al aan de orde zijn geweest. Schakelbepalingen bevorderen niet de rechtszekerheid.

Het is evident dat een *algemene* wet bestuursrecht alleen zinvol is indien deze wet uniform wordt toegepast en geïnterpreteerd. Het merkwaardige is echter dat er een groot aantal rechterlijke instanties is dat de Awb in hoogste instantie toepast en uitlegt.<sup>14</sup> Weliswaar vindt er (informeel) overleg plaats tussen die colleges, maar afgezien van de constitutionele bezwaren die men daartegen kan aanvoeren<sup>15</sup> leidt dat overleg niet altijd tot overeenstemming.<sup>16</sup>

Velen gingen er begin jaren negentig van de vorige eeuw nog vanuit dat de bestuursrecht-spraak volledig zou worden geïntegreerd in de rechterlijke macht.<sup>17</sup> De bestuursrecht-spraak had zich in de twintigste eeuw stapsgewijs en verbrokken ontwikkeld, grotendeels buiten de rechterlijke macht om.

De Staatscommissie Van Zeben had begin jaren tachtig het ei van Columbus gevonden, namelijk: behandel het bestuursrecht zoals het burgerlijk recht en het strafrecht, dat wil zeggen in principe twee feitelijke instanties en cassatie.<sup>18</sup> De integratie van de bestuursrecht-spraak in de rechtbanken is tegelijk met de invoering van de Awb grotendeels gerealiseerd. Dat was van groot belang, onder andere vanwege de ontlasting van de Raad van State. Helaas is de verdere integratie om allerlei politieke en financiële redenen geblokkeerd. Het resultaat is dat we met een omgekeerde piramide zitten: eenheid aan de basis, verscheidenheid aan de top, terwijl de omgekeerde situatie zoals we die kennen in de omliggende landen toch meer voor de hand ligt.<sup>19</sup>

14 De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, de belastingkamer van de Hoge Raad, de burgerlijke kamer van de Hoge Raad (op het terrein van de van de rechtsmacht van de bestuursrechter uitgezonderde besluiten en op privaatrechtelijke verhoudingen via de schakelbepaling), het gerechtshof Leeuwarden op het terrein van de administratiefrechtelijke handhaving van verkeersvoorschriften.

15 Zie hierover o.a. F.A.M. Stroink, De verantwoording voor rechtspraak aan de politiek, in: Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal, o.r.v. P.M. Langbroek, K. Lahuis en J.B.J.M. ten Berge, p. 281 e.v.; F.A.M. Stroink, Bestuur en beheer van de rechtspraak, in: Het primaat van de politiek, Staatsrechtconferentie 1999, Zwolle 2000, p. 43 e.v.; D.J. Buijs en F.A.M. Stroink, Landelijke kantonrechttersformule bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst, Sociaal Recht, 1997, p. 32 e.v.

16 Zie o.a. R.J.G.M. Widdershoven e.a., Hoger Beroep, Algemeen bestuursrecht 2001, Den Haag 2001.

17 Zie hierover F.A.M. Stroink, Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging, Zwolle 1993 en F.A.M. Stroink, De Afdeling bestuursrechtspraak als hogere beroepsinstantie, AAe 2001, p. 514 e.v.

18 Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie (deel I), Den Haag, door mij besproken in mijn Heerlense oratie Administratieve rechtspraak en rechterlijke macht, Zwolle 1985.

19 Vgl. bijv. het United Kingdom met zijn systeem van tribunals aan de basis en de House of Lords aan de top. Zie hierover bijv. A.T. Marseille, Alledaagse bestuursrechtelijke geschilbeslechting in Engeland, in: Begrensd bestuursrechtspraak, onder redactie van A.T. Marseille en H.E. Bröring, Den Haag 2003, p. 69 e.v.

Ik ben nog steeds een voorstander van verdere integratie. Het beste systeem lijkt mij dat de vijf gerechtshoven alle een aantal bijzondere delen voor hun rekening nemen. Dat betekent dat wat betreft het materiële bestuursrecht de eenheid wordt gegarandeerd op het niveau van het hof. Cassatie bij de Hoge Raad, eventueel met de invoering van een zogenoemd verlostelsel, zou alleen mogelijk moeten zijn op het terrein van het algemeen deel (de Awb en ongeschreven rechtsbeginselen).

#### 4. Knelpunten

Ondanks de grote ontwikkeling van het bestuursrecht in wetenschap en praktijk is er nog wel een aantal knelpunten dat om oplossingen vraagt. Ik noem er enkele.

- nodig is een verbeterde toegang tot de rechter en een betere competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter op het gebied van de schadevergoeding zowel op grond van rechtmatige als onrechtmatige daad. De VAR-Commissie rechtsbescherming pleit voor het invoeren van een verzoekschriftprocedure.<sup>20</sup>
- nodig is het tot stand brengen van coördinatiebepalingen (de één-loketgedachte) om de nadelen van het specialiteitsbeginsel op te vangen.<sup>21</sup> De cie.-Scheltema heeft op dit punt een voorontwerp tot stand gebracht.<sup>22</sup>
- de verhouding bestuur–rechter met name op het punt van de mate van intensiteit van de rechterlijke toetsing mede in het licht van de verhouding centralisatie–decentralisatie. Dat is een hele mondvol. Ik ben voor een ‘sterke’ rechter als tegenwicht tegen het duo wetgever–bestuur. Tegelijkertijd hecht ik aan de klassieke zuivere verhouding bestuur–rechter indien er sprake is van beleidsvrijheid. Dan is terughoudende toetsing op zijn plaats en moet de rechter de bestuurlijke vrijheid respecteren. Dat is ook de benadering van de bestuursrechter.<sup>23</sup> Op deze benadering van de rechter is wel kritiek geuit. De burger zou meer gebaat zijn met een intensievere toetsing. Ik meen dat deze roep om intensievere toetsing voortkomt uit een behoefte aan compensatie voor ‘zwak’ bestuur. De oplossing is echter niet intensievere toetsing, maar verbetering van de kwaliteit van het bestuur. Daar is uiteraard wel aandacht voor geweest maar naar mijn mening te weinig. In het staats- en bestuursrecht is de discussie decentralisatie–centralisatie (op welk niveau kunnen bepaalde bevoegdheden het best worden uitgeoefend) onderbelicht gebleven. Wellicht heeft dat te maken met het feit dat met de mond de gedachte van de decentralisatie beliden werd terwijl er een sluipende centralisatie plaatsvond. Ook heeft naar mijn mening de werkgroep Van Kemenade de discussie enigszins op het verkeerde been gezet.<sup>24</sup> Ik heb begrip voor bestuurders die willen besturen, doeleinden realiseren en zich in hun werk gehinderd voelen, maar het is wel erg eenzijdig van de werk-

20 VAR-Commissie rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting, Den Haag 2004. De commissie stond onder voorzitterschap van J.E.M. Polak.

21 R.J.N. Schlössels, Het specialiteitsbeginsel, diss. Maastricht, Den Haag 1998.

22 Voorontwerp samenhangende besluiten Awb I.

23 ABRvS 9 mei 1996, JB 1996, 158, m.nt. F.A.M. S.; JB Select, Den Haag 2004, 12 m.nt. F.A.M. S.

24 Werkgroep Van Kemenade, Bestuur in geding (Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur), Haarlem 1997 (niet officieel gepubliceerd).

groep Van Kemenade alle schuld te leggen bij de wetgever (te complexe regelgeving), de rechter (te intensieve toetsing) en de burger (te veel gebruik of misbruik maken van inspraak-, bezwaar- en beroepsmogelijkheden). Verbetering van de kwaliteit van het bestuur zou al veel problemen oplossen. De werkgroep Van Kemenade onderschat met name de positie van de burger. Zij onderschat dat de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden vaak gepaard gaat met ingrijpende beperkingen van de eigendoms- en contractsvrijheid van de burger. De burgers hebben die beperkingen te dulden omdat het bestuur het door de wetgever geconcretiseerde algemeen belang heeft te realiseren. Maar de burger heeft er wel recht op – ik kom daar hierna op terug – dat het bestuur zijn bevoegdheden rechtmatig uitoefent. In de inherente spanning tussen algemeen belang en individueel belang ligt de charme van de beoefening van het bestuursrecht.

- een oude wens die moeilijk te realiseren lijkt is verminderde regelsdruk en vereenvoudigde regelgeving.
- een laatste door mij te noemen knelpunt – er zijn er meer – wil ik wat uitgebreider behandelen. Dat betreft de omvang van het geschil en in verband daarmee de wens van finaliteit, tijdigheid en – wederom – de intensiteit van toetsing.

Het betreft een lastig probleem dat enige inleiding vergt.

In de toelichting bij de Awb is relatief veel aandacht besteed aan de functies van het bestuursprocesrecht. Van oudsher werden twee functies toegekend aan het bestuursprocesrecht: de rechtsbeschermingsfunctie en de toezichtsfunctie.<sup>25</sup> In het verleden nam de toezichtsfunctie een belangrijke plaats in. De toezichtsfunctie houdt in dat de rechter bewaakt dat het objectieve recht gehandhaafd wordt. De rechtsbeschermingsfunctie spreekt voor zich. Ik heb al eerder betoogd dat de tegenstelling relatief is.<sup>26</sup> Waar het om gaat is dat de rechter de rechtmatigheid van de bevoegdheidsuitoefening toetst en uiteraard ook nagaat of er überhaupt een bevoegdheid is. Of je dat nu bekijkt vanuit het oogpunt van het individuele belang van de burger of vanuit het algemeen belang dat het positieve recht gehandhaafd wordt, maakt niet uit. Het gaat om twee kanten van dezelfde medaille.

Wel zouden er positiefrechtelijk verschillende accenten gelegd kunnen worden, afhankelijk van welke functie men laat prevaleren. Wanneer de toezichtsfunctie centraal wordt gesteld zou het voor de hand liggen *reformatio in peius* (dat wil zeggen dat de appellerende burger door de rechterlijke uitspraak in een slechtere positie komt) en *ultra petita* gaan (dat wil zeggen dat de rechter ook – ambtshalve – niet bestreden onderdelen van een besluit toetst) mogelijk te maken. Immers het algemeen belang prevaleert in die visie boven het individuele belang. Hoewel oude wetgeving waar de toezichtsfunctie centraal stond één en ander mogelijk maakte, vermeed de rechter al lang vóór 1994 refor-

25 In dit verband wordt in de literatuur vaak verwezen naar het Franse recht waar men de *recours objectif* en de *recours subjectif* kent. Bij de *recours objectif* staat de rechtmatigheidstoetsing van een bestreden besluit centraal. Er is sprake van alleen een vernietigingsberoep. Bij een *recours subjectif* kan schadevergoeding gevraagd worden die is geleden ten gevolge van een besluit. Ook kan nakoming van een administratief contract gevraagd worden. Een situatie die we in Nederland niet kennen. In Nederland is de burgerlijke rechter bevoegd inzake overeenkomsten tussen bestuur en burger.

26 F.A.M. Stroink, Kern van de bestuursrechtspraak, derde druk, Den Haag 2004, p. 17 e.v.

matio in peius en ultra petita gaan.<sup>27</sup> Een ander mogelijk verschil zit hem in de toegang tot de rechter. Vanuit de toezichtsfunctie geredeneerd is een ruime toegang mogelijk en wenselijk (in principe zelfs een *actio popularis*). Vanuit de rechtsbeschermingsfunctie ligt het voor de hand alleen diegene die in zijn rechten wordt getroffen een beroepsrecht toe te kennen.<sup>28</sup> Artikel 1:2 Awb ademt nog de oude toezichtsfunctie. In de toelichting bij de Awb wordt echter uitdrukkelijk gesteld dat de rechtsbeschermingsfunctie centraal staat en dat de toezichtsfunctie niet of nauwelijks meer een rol speelt.

Merkwaardigerwijs heeft dit standpunt geleid tot een situatie waarin, naar mijn stellige overtuiging, de rechtsbescherming ten opzichte van de situatie van vóór 1994 vermindert is. Wat is er gebeurd? Vóór 1994 werd als vordering gezien de vernietiging van de bestreden beschikking of een bestreden onderdeel van de beschikking. Daartoe dienden gronden te worden aangevoerd. Aan die gronden werden niet al te hoge eisen gesteld. Bovendien vulde de rechter de gronden aan (ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en ambtshalve toetsing vielen samen). De omvang van het geding werd bepaald door de bestreden beschikking of het bestreden onderdeel. Ná 1994 – het heeft wel enige jaren geduurd voordat een en ander duidelijk werd – wordt de omvang van het geding bepaald door de aangevoerde gronden.<sup>29</sup> Ambtshalve getoetst wordt er uitsluitend aan bepalingen van openbare orde en het begrip ambtshalve aanvulling van rechtsgronden wordt eng geïnterpreteerd, althans door de Afdeling bestuursrechtspraak (art. 8:69 lid 2 Awb). Dit betekent alleen maar een vertaling van de door de appellant aangevoerde feitelijke gronden in juridische gronden. Het lijkt mij echter een beperkte opvatting dat het geschil wordt bepaald door uitsluitend de aangevoerde gronden. Waar het de burger om gaat is dat een besluit van tafel gaat, gewijzigd wordt of dat hij na een weigering een positief besluit krijgt. Op welke gronden hij gelijk krijgt zal hem worst wezen. Door deze houding is de rechter minder actief en vervalt de zogenoemde ongelijkheidscompensatie. Van de burger wordt verwacht dat hij de juiste gronden aanvoert, terwijl er geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging. Laat hij in bezwaar bepaalde gronden achterwege dan bestaat de kans dat hij daarvoor bij de rechtbank wordt afgestraft (de grondenfuik).<sup>30</sup>

Verwant aan de discussie over de omvang van het geschil is de discussie over, wat genoemd wordt finaliteit en tijdigheid. Met finaliteit wordt bedoeld dat met rechterlijke uitspraak het geschil definitief beslecht wordt. Is dat dan niet per definitie zo, zal een argeloze burger, en zelfs menig civiel- en strafrechtjurist opmerken. Nee, dat is – helaas – niet zo. Indien wordt vernietigd op grond van zogenoemde formele gronden (motive-

27 Zie bijv. art. 69 Beroepswet oud: lid 1. De uitspraak van het college betreft de beslissingen, door het beroep aan zijn oordeel onderworpen. Zij kan zich beperken tot het punt van geschil. Lid 2. Bij de uitspraak kan de bestreden beslissing gewijzigd worden, ook ten nadele van degene die daarvan in beroep is gekomen.

28 In de Bondsrepubliek waar de Individualrechtsschutz centraal staat moet men in zijn subjectieve rechten geschonden zijn om toegang tot de bestuursrechter te krijgen. Zie § 42 lid 2 VwGO

29 Er heeft impliciet een betekeniswijziging van *ultra petita* gaan plaatsgevonden. Uit de context valt af te leiden dat veel auteurs er namelijk onder verstaan toetsen aan andere beroepsgronden dan de aangevoerde in plaats van niet bestreden onderdelen van het besluit toetsen.

30 Ik ga hier niet verder in op de moeilijke problematiek van de grondenfuik in eerste aanleg, de verschillen in jurisprudentie tussen ABRvS en CRvB en recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van de ABRvS. Zie onder meer de noot van Widdershoven bij ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 75.

ringsgebrek, gebrek in de zorgvuldige voorbereiding van een besluit) dan kan het zijn dat er een ander inhoudelijk besluit uit de bus valt, maar het is ook mogelijk dat het bestuur een nieuw besluit neemt dat inhoudelijk identiek is aan het vernietigde, maar nu beter gemotiveerd en beter voorbereid.<sup>31</sup> Het behoeft geen betoog dat dit voor de appellerende burger uitermate frustrerend is. Men denkt gewonnen te hebben, maar uiteindelijk heeft men toch de zaak én tijd verloren.

Is dit verschijnsel te voorkomen of inherent aan het wezen van bestuursrechtspraak, te weten rechtmatigheidstoetsing van een besluit?<sup>32</sup> In veel gevallen zal de rechter door een actievore opstelling vernietiging op formele gronden met de reële mogelijkheid dat het bestuur inhoudelijk opnieuw hetzelfde zal besluiten, kunnen voorkomen.

Onderzoek van Marseille heeft uitgewezen dat in veel gevallen er onenigheid bestaat over de vaststelling van de feiten en de kwalificatie van de feiten.<sup>33</sup> Door zich actiever op te stellen in het vooronderzoek kunnen de gebreken boven water komen en hersteld worden. De rechter kan tijdens het vooronderzoek partijen oproepen (art. 8:44 Awb), schriftelijk inlichtingen vragen aan partijen en anderen (art. 8:45 Awb), getuigen oproepen (art. 8:46 Awb), deskundigen benoemen (art. 8:48 Awb) en een onderzoek ter plaatse instellen (art. 8:51 Awb). De rechter heeft ook de mogelijkheid de omvang van het geschil te sturen. Hij moet weliswaar uitspraak doen op grondslag van het beroepschrift, maar ook op grondslag van de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting (art. 8:69 lid 1 Awb). Uit het onderzoek van Marseille blijkt ook dat de rechter (te) weinig gebruik maakt van zijn onderzoeksbevoegdheden.<sup>34</sup> In veel gevallen zal actiever vooronderzoek bewerkstelligen dat duidelijk wordt hoe het nieuwe besluit dient te luiden. Als de rechter niet zelf in de zaak kan voorzien, dan is voor de burger in ieder geval duidelijk hoe het nieuwe bestuursbesluit zal luiden. En dat is winst.

Ik hoor als kritiek al dat een en ander te veel zal vergen van de rechter en tot overbelasting zal leiden.<sup>35</sup> Inderdaad zal uitbreiding van de bestuurssectoren nodig zijn. Maar ik ben ervan overtuigd dat de winst (bevrediging van het rechtsgevoel van de burger, duidelijkheid, tijdswinst) opwegen tegen de kosten. Ik zou zelfs nog een stap verder willen gaan.

In een aantal gevallen zal een intensiever rechterlijk vooronderzoek niet tot de gewenste duidelijkheid leiden. Bijvoorbeeld, indien er sprake is van beleidsvrijheid is het

31 De CRvB tracht, zo weet ik uit eigen ervaring, uitsluitend te vernietigen op grond van een motiveringsgebrek indien de kans groot is dat er een ander inhoudelijk bestuursbesluit uit de bus zal vallen. De kritiek is met name gericht op de Afdeling (bestuurs)rechtspraak.

32 De ondertitel van het rapport van de VAR-Commissie rechtsbescherming 'Van toetsing naar geschilbeslechting' is voor mij onduidelijk. Wat wordt hiermee bedoeld? In het bestuursrecht wordt het geschil beslecht door toetsing van een besluit.

33 A.T. Marseille, Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures, Den Haag 2004. Uit de tabel op pagina 54 blijkt dat in arbeidsongeschiktheidszaken 81% van de beroepschriften betrekking heeft op de vaststelling van de feiten en 40% op de kwalificatie van de feiten. In bouwzaken liggen deze percentages op 29 resp. 71%.

34 Zie de tabellen op de pagina's 74-76.

35 Gelet op de enorme hoeveelheid positief recht zal ambtshalve toetsing van het gehele bestreden besluit zeer veel tijd kosten. Een rechter weet echter uit ervaring veelal wel waar de problemen zitten. Wellicht is het een oplossing de rechter niet te verplichten tot ambtshalve toetsing maar hem daartoe bevoegd te maken. Overigens zou ook al veel gewonnen zijn met een ruimere interpretatie van artikel 69 lid 2 Awb.

mogelijk dat het bestuur een hernieuwde belangenafweging dient te plegen. In het huidige systeem is vernietigen en terugverwijzen de enige oplossing. Aan Schueler komt de eer toe als eerste een oplossing voor dit probleem bedacht te hebben.<sup>36</sup> Het komt erop neer dat in dit soort gevallen de rechter de zaak aanhoudt, het bestuur een nieuw (concept)besluit neemt<sup>37</sup> en de rechter dit nieuwe (concept)besluit meeneemt.<sup>38</sup> Ook hier is uiteraard de kritiek mogelijk van rechterlijke overbelasting.

Een groot voordeel van deze zogenoemde bestuurlijke lus is dat de verhouding bestuur-rechter zuiver blijft. De rechter hoeft niet intensiever te gaan toetsen en op de stoel van het bestuur te gaan zitten. Het initiatief en de verantwoordelijkheid blijven bij het bestuur omdat het bestuur een nieuw (concept)besluit neemt.

Het toepassen van deze bestuurlijke lus kan op gespannen voet komen te staan met de huidige rechterlijke opvatting over de omvang van het geschil. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.<sup>39</sup>

De NV Versatel Telecom International had aan de staatssecretaris van Financiën met een beroep op de WOB verzocht om inzage in, althans geanonimiseerde overlegging van afspraken en rulings inzake aandelen-optieplannen, die de belastingdienst Grote ondernemingen Amsterdam in de periode 1998-2000 heeft gemaakt met respectievelijk getroffen voor ondernemingen met het voornemen tot een beursgang en om informatie omtrent het door voornoemde dienst ten aanzien van personeelsopties in dat verband gevoerde beleid. De staatssecretaris heeft dit verzoek afgewezen en het bezwaar ongegrond verklaard. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de staatssecretaris een onjuiste grond aan de weigering ten grondslag gelegd. De rechtbank is van mening dat andere gronden de weigering wel kunnen dragen. Een en ander leidt juridisch-technisch tot gegrondverklaring van het beroep maar met instandlating van de rechtsgevolgen van het bestreden besluit. Een mooi voorbeeld van een definitieve geschilbeslechting door de rechtbank. Partijen weten meteen waar ze aan toe zijn. Een uitsluitende beoordeling van de aangevoerde grond gevolgd door vernietiging zou leiden tot een identiek inhoudelijk nieuw besluit door de staatssecretaris met als gevolg wellicht een nieuwe procedure.

Helaas werd deze werkwijze van de rechtbank afgestraft door de Afdeling bestuurs-rechtspraak. Naar het oordeel van de Afdeling is de rechtbank buiten de omvang van het gerezen geschil getreden omdat zij de vernietiging niet heeft gebaseerd op een beoordeling van het bestreden besluit en de daarvoor gegeven motivering, maar op het door de rechtbank daarvoor in de plaats gestelde oordeel. Het hoeft geen betoog dat ik in casu de omvang van het geschil ruimer wil zien, niet de weigering op grond X, maar de vraag of al dan niet terecht geweigerd is.

36 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien*, diss. Utrecht, Zwolle 1994.

37 Art. 6:18 lid 1 Awb biedt voor het bestuur de mogelijkheid in bepaalde gevallen tijdens het bezwaar of beroep een besluit in te trekken of te wijzigen. De rechter kan dat echter niet opleggen aan het bestuur.

38 In de Wet milieubeheer is recentelijk in art. 20.5a de bestuurlijke lus geëffectueerd. Dit artikel heeft betrekking op beroepen inzake nationale toewijzingsbesluiten (betreffende handel in emissierechten). Gedacht wordt aan een algemene regeling in de Awb. Wellicht reeds met ingang van 1 januari 2007, aldus minister Donner in antwoord op 19 oktober 2004 op een daartoe strekkende vraag van de Tweede Kamer in het kader van de Justitiebegroting (Kamerstukken II 2004/05, 29 800 VI, nr. 8. Dit tijdstip lijkt mij wel rijkelijk vroeg.

39 ABRvS 19 oktober 2005, JB 2005, 329, m.nt. F.A.M. S.

Kort samengevat komt mijn pleidooi op het volgende neer:

- een actievere houding van de bestuursrechter,
- een ruimtere opvatting over de omvang van het geschil,
- een wettelijke mogelijkheid om het geschil definitief te kunnen afdoen.

De kosten die dit met zich brengt worden ruimschoots gecompenseerd door een meer bevredigd rechtsgevoel van de burger en meer tijdwinst. Een actievere houding van de rechter leidt ook tot kwaliteitsverbetering van het bestuur wat (ook) in het algemeen belang is. Ook dient meer aandacht te komen voor kwaliteitsverbetering van het bestuur. Dit leidt tot meer legitimiteit van het bestuur en tot een verminderde druk op de rechter. Beroep op de rechter hoort uitzondering en geen regel te zijn.

Ik ben aan het einde gekomen van mijn afscheidsrede. Uiteraard heb ik slechts enkele problemen uit het bestuursrecht kunnen aanstippen.

Ik heb in mijn universitaire leven met veel mensen samengewerkt en veel mensen hebben mijn denken beïnvloed. Ik hecht eraan enkele namen te noemen zonder anderen tekort te willen doen.

Zeer vruchtbaar waren mijn tien Utrechtse jaren. Ik noem prof.mr. J.G. Steenbeek, mijn promotor, prof.mr. M.C. Burkens, prof.mr. J.B.J.M. ten Berge, prof.mr. B.W.N. de Waard en mr. C. Crasborn. Aan hen heb ik veel te danken. Met allen heb ik contacten onderhouden na mijn vertrek uit Utrecht.

Bij de Open Universiteit heb ik geleerd niet alleen onderwijzer en onderzoeker te zijn, maar ook manager.

De juridische faculteit te Maastricht is altijd een zeer aangename werkplek geweest. Ook hier heb ik met velen samengewerkt en heb ik veel vriendschappen opgedaan. Ik volsta met het memoreren van mijn diepbetreurde vriend Ad Geers.

Het schenkt mij voldoening dat twee van mijn tien promoti al geruime tijd het hoogle-raarschap bekleden, Rob Widdershoven te Utrecht en Raymond Schlössels te Nijmegen.

Ik ben nog niet helemaal weg uit Maastricht. Ik hoop nog een aantal jaren een kleine bijdrage te kunnen leveren aan de verder ontwikkeling van het vakgebied binnen de capaciteitsgroep publiekrecht.

Ik heb gezegd.